

Conviene observar el cuidado y prevision que puso Aquilio Galo para que su fórmula abrazase todos los derechos posibles: CAUSA es la expresion genérica; OPORTET, OPORTEBIT abraza lo presente y lo futuro: PRÆSENS, IN DIEMVE, AUT SUB CONDITIOE, es relativo á los diversos modos; ACTIO, es la accion *in personam*; PETITIO, la accion *in rem*; PERSECUTIO, el recurso extraordinario ante el magistrado; HABES se refiere á la vindicacion propiamente dicha; TENES, á la detencion fisica; POSSIDES, á la posesion civil; las expresiones DOLOVE MALO FECISTI QUOMINUS POSSIDEAS han sido añadidas á la fórmula despues de Aquilio Galo, é indican la obligacion del que ha hecho fraudulentamente desaparecer alguna cosa, y ha hecho que salga de su posesion, para frustrar la reclamacion del que tuviese el derecho de hacerla. Por lo demas, las partes podrian en la práctica limitar esta fórmula y aplicar el procedimiento de ella á tal ó cual obligacion especial en que tenian particularmente la mira.—El modelo de la fórmula se halla concebido como si se tratase inmediatamente despues de haber hecho la estipulacion Aquiliana, de extinguirla por aceptilacion; pero vemos en diversos fragmentos que tambien se la empleaba á veces para hacer una formal novacion, y para sustituir una obligacion única y verbal, provista de su accion, á todas las obligaciones preexistentes, principalmente en materia de transaccion (1).

III. Præterea novatione tollitur obligatio: veluti si id quod tu Seio debebas, a Titio dari stipulatus sit. Nam interventu novæ personæ nova nascitur obligatio, et prima tollitur translata in posteriorem: adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur; veluti si id quod tu Titio debebas, a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit. Quo casu res amittitur; nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est. Non idem juris est, si a servo quis fuerit stipulatus; nam tunc prior perinde obligatus manet ac si postea nullus stipulatus fuisset. Sed si eadem persona sit a qua postea stipule-

3. La obligacion se disuelve tambien por la novacion; por ejemplo, si lo que tú debias á Seyo te lo estipula de Ticio; porque por la intervencion de un nuevo deudor, nace una nueva obligacion, y la primera, transferida en la segunda, se disuelve, de tal modo que puede suceder que aunque la estipulacion posterior sea nula, la primera, por efecto de la novacion, deja de existir: por ejemplo, si lo que tú debias á Ticio, éste lo estipula de un pupilo no autorizado por su tutor: en este caso, todo derecho se pierde, porque el primer deudor queda libre, y la segunda obligacion es nula. No sucederá

(1) Dig. 2. 15. De transact. 2 y 9. § 2. f. Ulp.; 15. f. Paul. — Cod. 2. 4. De transac. 5 const. de Alejand.—Paul. Sent. 1. 1. § 3.

ris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si conditio aut dies aut fidejussor adjicitur, aut detrahatur. Quod autem diximus, si conditio adjiciatur, novationem fieri, sic intelligi oportet, ut ita dicam, factam novationem, si conditio stiterit: alioquin si defecerit, durat prior obligatio. Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat; per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc præsumptionis alii in aliis casibus introducebant. Ideo nostra processit constitutio quæ apertissime definivit tunc solum novationem fieri, quoties hoc ipsum inter contraentes expresum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt: alioquin manere et pristinam obligationem, et secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio secundum nostræ constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectiones apertius cognoscere.

lo mismo si estipula de un esclavo; porque en este caso el primer deudor queda obligado, como si la estipulacion posterior no hubiese tenido lugar. Pero si tú haces la segunda estipulacion de tu mismo deudor, no habrá novacion, á no ser que esta estipulacion posterior contenga alguna cosa nueva, por ejemplo, la adjuncion ó la supresion de una condicion, de un término ó de un fideyussor. Lo que hemos dicho de que hay novacion en caso de adjuncion de una condicion, debe entenderse en el sentido de que la novacion tendrá lugar si la condicion se cumple; pero si no se cumple, la primera obligacion subsiste. Entre los antiguos era cosa constante que la novacion no tenía lugar sino en cuanto la segunda obligacion habia sido contratada con intencion de novar: se suscitaron dudas acerca de saber cuándo habia existido esta intencion, hallándose introducidas en este punto diversas presunciones, segun la diversidad de los casos. Por esto ha aparecido nuestra constitucion, declarando explícitamente que habia novacion sólo cuando los contratantes hayan expresamente declarado que han contratado para verificar novacion de la primera obligacion: sin lo cual subsistirá la antigua obligacion, y se añadirá á ella la segunda; de tal modo que habrá dos segun los términos de nuestra constitucion, lo que puede verse más ampliamente por la lectura de la misma.

Pasemos ahora á otro modo de disolucion de las obligaciones, reconocido por el derecho civil (*ipso jure*): la novacion (1).

El derecho civil, en efecto, habia admitido que se pudiese disol-

(1) Gay. Com. 2. §§ 58 y 59; Com. 3. § 176 á 179.—Dig. 46. 2; y Cod. 8. 42. De novationibus et delegationibus.

ver una obligacion reemplazándola con otra contraída en su lugar. De aquí procede la definicion y etimologia de la palabra novacion, que nos da Ulpiano: «*Novatio est prioris debiti in aliam obligationem..... transfusio atque translatio: hoc est, cum ex precedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur. Novatio enim a novo nomen accepit, et a nova obligatione*» (1).

Todas las obligaciones, ora hayan sido formadas *re, verbis, litteris* ó *consensu*, ora provengan de un contrato, ó como de contratos, de delitos, ó como de un delito, todas pueden ser novadas. «*Omnes res transire in novationem possunt*», dice Ulpiano lacópicamente(2). —Segun los principios del derecho civil hay en esto seguramente un resultado bastante notable; porque la primera obligacion se hallará disuelta sin que haya habido ni pago ni liberacion, por el modo mismo que habia servido para contraerla, y se reconocerá en la forma empleada para establecer el nuevo vínculo, el poder de crear á un mismo tiempo esta nueva obligacion y de disolver la primera. —Desde luégo se conoce que todos los modos admitidos para obligarse no podrán tener semejante poder; que será preciso ántes de todo un modo del derecho civil; y que entre éstos todavía no serán todos capaces por su misma naturaleza de producir un efecto semejante. El contrato verbal de estipulacion y el antiguo contrato *litteris* eran los únicos contratos por los cuales podia verificarse la novacion; fuera de que, independientemente de estas novaciones contractuales, las diversas fases de los litigios las producian, en ciertos casos, forzadas, que podria calificar de novaciones jurídicas ó judiciales, y que es preciso mencionar aquí para completar la exposicion. Pero, á decir verdad, el único modo general de novacion, y el más cómodo, el único que se plegaba á todas las voluntades de las partes para la nueva obligacion que se contraía y para los modos que en ella se empleaban, el único que fué vulgarmente usual, y el único, en fin, que hallamos mencionado en los escritos que tratan especialmente la novacion, es el contrato de estipulacion. «*Quodcumque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, novare potest et transire in verborum obligationem ex quacumque obligatione.*» — «*Et utrum verbis, an re, an consensu, qualiscumque igitur obligatio sit quæ præcessit, novari verbis potest*» (3).

(1) Dig. 46. 2. h. tit. 1. pr. f. Ulp.

(2) Ib. 2 y 1. § 1. f. Ulp.

(3) Ulpiano, los mismos fragmentos que en la nota anterior.

Para que haya novacion es preciso que exista una primera obligacion. Por lo demas, poco importa que esta obligacion sea civil ó pretoriana, ó puramente natural (*utrum naturalis, an civilis, an honoraria*) (1); porque es preciso reproducir aquí lo que hemos ya dicho acerca de que las obligaciones naturales pueden servir de base á una novacion, como á los diversos contratos accesorios de garantía (pág. 144).

Es preciso tambien que la estipulacion que ha tenido lugar para verificar la novacion, exista como contrato verbal, segun el derecho civil, y que la nueva obligacion que ha tenido por objeto producir, exista y sea eficaz, al ménos naturalmente: «*Dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter.*» — Este doble principio nos servirá para explicar dos puntos de nuestro texto que no han sido admitidos sin controversia en la jurisprudencia, ni comentados sin dificultad por los modernos: —1.º Vemos por nuestro texto, que la novacion podria resultar de una promesa por estipulacion hecha por un pupilo, áun sin autorizacion de su tutor, pero no de la hecha por un esclavo. Sin embargo, lo mismo en el uno que en el otro caso, se forma una obligacion natural: ¿por qué, pues, esta diferencia en cuanto á los efectos relativos á la novacion? Gayo nos manifiesta que no sin discusion habia sido admitida esta diferencia. Servio Sulpicio pensaba que áun por consecuencia de la promesa verbal hecha por un esclavo se hallaba novada la primera obligacion, y por consiguiente disuelta. Pero la opinion contraria habia prevalecido (*alio jure ulimur*). En efecto, no basta para la novacion que haya nacido una nueva obligacion, al ménos natural; es preciso que esta obligacion haya nacido de un contrato verbal; es preciso que haya habido en la forma contrato verbal. Mas esto es lo que ocurre cuando la promesa verbal ha sido hecha por un pupilo no autorizado, porque, aunque pupilo, es ciudadano romano, y puede interrogar ó responder en un contrato *verbis*, salvadas las reglas relativas á sus obligaciones: en la forma hay contrato verbal. Pero cuando es un esclavo quien promete, no hay, dice Teófilo, promitente; porque si ha sido permitido al esclavo figurar á nombre de su señor, en el contrato *verbis*, en calidad de estipulante, no le ha sido permitido figurar en él como promitente. No hay, pues, ni áun en la forma, contrato verbal; ni más, dice Gayo, que si se hubiese estipulado por la fórmula

(1) Ulpiano, los mismos fragmentos que en la nota anterior.

quiritaria SPONDES? de un peregrino, á quien no se hubiese concedido la comunicacion de esta fórmula (1). — 2.º El texto nos dice tambien que si la estipulacion que interviene para novar es una estipulacion condicional, la misma novacion es sólo condicional, y que llegando á faltar la condicion, no tendrá lugar la novacion, y continuará subsistiendo siempre la primera obligacion. Servio Sulpicio habia sido de opinion contraria; pensaba que la primera obligacion era inmediatamente novada por la estipulacion, aunque ésta fuese condicional. La opinion opuesta habia prevalecido (*sed in utroque casu alio jure utimur*). Esto pareceria deber ser una cuestion de intencion: ¿han querido las partes sustituir definitivamente á la primera obligacion la segunda, por condicional que ésta fuese? ¿ó no han querido verificar sino una novacion condicional? Pero los juriconsultos romanos habian discurrido con más rigor y sutileza. Para que la novacion se cumpla es preciso que haya nueva obligacion: luego si la condicion llega á faltar, no habia habido obligacion. La novacion es sólo, pues, condicional: «*Non statim fit novatio; sed tunc demum cum conditio steterit*» (2).

La nueva obligacion verbal, extinguiendo y reemplazando á la primera, puede ser contraida por un nuevo deudor en favor del mismo acreedor; porque así como un tercero puede pagar la deuda por el deudor, de la misma manera puede novarla. Esto es lo que se llama en la acepcion más general *expromittere*; y el que por su promesa libra de este modo al deudor, toma el nombre de *expromissor* (3). Es una especie particular de *intercessor*. Este cambio de deudor exige necesariamente el consentimiento del acreedor; pero puede tener lugar sin el del primitivo deudor. A este último caso, es decir, cuando el nuevo deudor interviene y verifica la novacion sin participacion del antiguo, se aplica más particularmente el nombre de *expromissio*; y se da el de *delegatio* al caso en que el mismo antiguo deudor es quien proporciona á su acreedor otro deudor en su lugar. «*Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui*

(1) Gay. Com. 3. § 179.

(2) Dig. 46. 2. h. tit. 8. §§ 1 y 14. pr. f. Ulp.

(3) Esta expresion es general y se emplea aún en los casos en que el *expromissor* ha sido dado por el primitivo deudor. Dig. 15. 7. *De pignorat.* 10. f. Gay. — 16. 1. *Ad S. C. Vellej.* 8. § 8. f. Ulp. — 38. 1. *De oper. lib.* 37. §§ 4 y 8. f. Paul. — 42. 1. *De re jud.* 4. § 3. f. Ulp. — Con equivocacion, pues, se la limita exclusivamente, en el ejercicio de la práctica, al caso en que el deudor primitivo permanece extraño á la novacion. Obsérvese el valor diferente de estas diversas preposiciones *cum*, *ad* y *ex*, en las palabras de *correi promittendi*, *adpromissor* ó *expromissor*.

jusserit» (1). — La nueva obligacion verbal puede tambien contraerse por el mismo deudor con un nuevo acreedor, con tal que sea con orden del acreedor. Gayo nos presenta esta especie de novacion como un medio ingenioso de trasladar á otro el beneficio de un crédito: «*Opus est ut jubente me tu ab eo stipuleris, quæ res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri: quæ dicitur, novatio obligationis*» (2). Puede serlo aún por un nuevo deudor con un nuevo acreedor, en virtud de orden del antiguo; esto resulta de la definicion que acabamos de dar de la delegacion, segun Ulpiano (*alium reum dare creditori, vel cui jusserit*). — En fin, puede suceder que el deudor y el acreedor sean los mismos. En este caso, si lo estipulado fuese debido en virtud de otra causa que no fuese un contrato verbal, por ejemplo, por consecuencia de un *mutuum*, de un depósito ó de un delito, nadie duda que aunque nada se haya variado en el objeto ni en los modos de la obligacion, deja de haber novacion: en esto se hallaba fundada la posibilidad de extinguir por aceptilacion todas las deudas (3). Pero si proviniendo la primera obligacion de una estipulacion, la segunda en nada se diferencia de ella, no se ve en lo que haya podido haber variacion y en qué podria decirse que hay novacion. En el supuesto de un caso semejante, Gayo, y nuestro texto conforme con él, dicen que no habrá novacion si la estipulacion posterior no contiene alguna cosa nueva (*si quid novi sit*). Es preciso observar en este punto lo que dice nuestro texto de la adjuncion ó supresion de un fideyusor. Gayo en su Instituta sólo habla de un *sponsor*. Se concibe, en efecto, que la *sponsio*, como hemos dicho (p. 235), no pudiendo intervenir ni ántes ni despues del contrato principal, pero debiendo tener lugar al mismo tiempo en una sola y única operacion, era preciso proceder á un nuevo contrato verbal para añadir ó para quitar un *sponsor*, y que desde entónces habia podido susciarse la cuestion acerca de si en este caso habia novacion: la afirmativa sólo habia prevalecido despues de una controversia entre las dos escuelas y contrá la opinion de los Proculeyanos (4). Respecto del *fidejussor*, que los redactores de la Instituta de Gayo han sustituido al *sponsor*, la idea de una novacion no es más

(1) Dig. 46. 2. h. tit. 11 y 17. f. Ulp.

(2) Gay. Com. 3. § 58.

(3) Lo que hemos dicho ántes (pág. 244, nota 1) de la estipulacion, interviniendo inmediatamente despues de una numeracion de especies, se halla fundado en motivos particulares.

(4) Gay. 3. § 178.

admisible, á ménos de suponer que los contratantes extinguen la primera obligacion verbal, y la reemplazan por una segunda idéntica, sólo para dejar libres á los fideyusores que le habian garantido, ó que el mismo deudor prometa de nuevo la cosa, obligándose á presentar un fideyusor.

En resúmen, se deduce de lo que precede que la novacion puede verificarse por la variacion ó de deudor ó de acreedor, ó de deudor y acreedor á un tiempo, ó de deuda sólo.

En todos los casos es esencial la cuestion de saber si las dos obligaciones que se suceden son dos obligaciones distintas, independientes una de otra, ó si la primera se halla disuelta y reemplazada por la segunda. Vemos por el texto que en el antiguo derecho romano era esto sólo una cuestion de intencion: «*Si hoc agatur, ut novetur; Si modo id actum sit, ut novetur; — Si novationis causa hoc fiat; — Si novandi animo secunda stipulatio facta est*» (1); cuestion susceptible sin duda de producir de hecho grandes dificultades de apreciacion y numerosos litigios. El texto nos dice tambien cómo Justiniano, para allanar estas dificultades, decidió expresamente por una constitucion que no habria novacion sino cuando las partes hubiesen expresa y formalmente declarado que tal era su intencion. Sin embargo, esta constitucion no es de tal manera clara que su interpretacion haya dejado de suscitar difíciles controversias entre los comentadores; entendiendo los unos la necesidad de esta declaracion expresa de las partes radicalmente y para todos los casos, y los otros sólo para aquellos en que su intencion pudiese ser dudosa (2).

En cuanto á la novacion por el contrato *litteris*, que el *nomen transcriptitium* tenga lugar, ya *a re in personam*, ya *a persona in personam*, lo que hemos dicho acerca de él (p. 276) bastará para hacérsela conocer. Hay de particular que Gayo, despues de haber tratado de la obligacion *litteris* entre los contratos, no la indica en el número de los medios de verificar la novacion, cuando llega á esta materia. La obligacion preexistente figura aquí más bien como motivo de la inscripcion del *nomen* que como objeto principal de una novacion que las partes hubiesen querido hacer.

En fin, lo que concierne á las novaciones jurídicas ó judiciales es bien digno de ser notado. Ya hemos tenido ocasion de decir que en

(1) Dig. 46. 2. *De novat.* 2. 8. §§ 2 y 5. f. de Ulp.; 28. f. de Papin.

(2) Cod. 8. 42. *De novat.* 8. const. de Justin.

las acciones *in personam* calificadas de *judicia legitima*, los trámites del litigio verificaban dos veces una novacion, la primera por efecto de la *litis contestatio*, y la segunda por el de la sentencia. De tal modo que el demandado se halla sucesivamente obligado, primero por la causa productora de su obligacion, despues por la *litis-contestacion* (*litis contestatione*), y en fin, por la sentencia (*ex causa judicati*). Los antiguos, segun Gayo, resumian esto en los siguientes términos: «*Ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem judicatum facere oportere*» (1). Esta especie de novacion, que sólo por Gayo nos ha sido perfectamente declarada, y acerca de la cual volveremos á tratar cuando hablemos de las obligaciones, nos habia sido ya indicada principalmente por este fragmento de Paulo, que nos señala entre ella y la novacion voluntaria una diferencia bastante considerable (*aliam causa esse novationis voluntariae, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt*, etc.), á saber: que éstas no extinguen los privilegios, prendas ó hipotecas correspondientes al antiguo crédito: «*Neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem*» (2).

IV. Hoc amplius, eae obligationes quæ consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius et Seius inter se consenserit, ut fundum Tusculanum emptum Seius haberet centum aureorum; deinde re nondum secuta, id est, neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos ut discederetur ab ea emptione et venditione, invicem liberantur. Idem est in conductione et locatione, et in omnibus contractibus qui ex consensu descendunt.

4. Además, las obligaciones que se contraen por el solo consentimiento, se disuelven por una voluntad contraria. Porque si Ticio y Seyo han convenido en la venta del fundo Tusculano á Seyo por cien escudos de oro; y en seguida, ántes de ningun hecho de ejecucion, es decir, ántes de que haya habido pago de precio ó entrega del fundo, convienen en separarse de esta compra y de esta venta, quedan mutuamente libres. Lo mismo sucede en el arrendamiento y en todos los contratos formados por el solo consentimiento.

Este párrafo sólo se aplica en un supuesto, cual es que despues de haber celebrado un contrato consensual, una venta, un arrendamiento, una sociedad ó un mandato, quieren las partes de comun

(1) Gay. Com. 5. § 180.

(2) Dig. 46. 2. h. tit. 29. f. de Paul.—50. 17. *De reg. jur.* 86 y 87. f. de Paul.— Véase tambien *Fragm. del Vatic.* § 265: «*Nec interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit.*»

acuerdo separarse de dicho contrato, y disolverlo como si nunca hubiese existido. Para esto es absolutamente preciso que las cosas se mantengan íntegras: «*Integris omnibus;—omnibus integris manentibus;—antequam fuerit res secuta;—si res secuta non fuerit;—priusquam aliquid ex alterutra parte solveretur;—re integra*», dicen y repiten todos los textos acerca de este punto. En efecto, si ha tenido lugar por una ú otra de las partes un principio de ejecución, ó si ha perecido el objeto del contrato, no es ya posible revocar los hechos cumplidos, impedir que haya existido lo que ha tenido lugar, y hacer que se desvanezca el contrato como si nunca se hubiese verificado. La única cosa posible es por una parte hacer que cese para en adelante, si como el mandato, la sociedad ó el arrendamiento, abraza un tiempo determinado; y por otra reparar en lo posible sus efectos, respecto del tiempo pasado, por medios á propósito para obtener este resultado. Que se lean todos los textos relativos á este principio, *integris omnibus*; todos se hallan redactados en el supuesto de un contrato que las partes quieran disolver como cosa no verificada (1).

¿Pero esto quiere decir que despues que una de las obligaciones haya sido ejecutada, la que queda no puede hallarse disuelta por el simple consentimiento; por ejemplo, que el vendedor, despues de haber hecho entregar la cosa vendida, ó bien que esta cosa haya perecido sin culpa suya y por caso fortuito, no pueda ya hacer por simple consentimiento remision al comprador de la totalidad ó de una parte del precio? Mucho lo dudo. ¿Qué accion tiene para reclamar el precio? La accion *venditi*; en todos los contratos consensuales una accion de buena fe, es decir, una accion en la cual nunca es necesario hacer insertar ninguna excepcion fundada en la equidad, y cuyos efectos se destruyen, por consiguiente, por el simple pacto *de non petendo* (2).

Independientemente de las cuatro causas expuestas en nuestro título, que segun el derecho civil disuelven las obligaciones, el pago, la aceptacion, la novacion y el mutuo disentimiento, existen algunas otras reconocidas tambien por el derecho civil, como la confusion, la pérdida de la cosa por caso fortuito, sin culpa ni por demo-

(1) Dig. 2. 14. *De pact.* 58. f. de Nerat. — 18. 1. *De contrah. empt.* 72. pr. f. de Papin. — 18. 5. *De rescind. vend.* 3. f. de Paul., y 5. § 1. f. de Julian. — 46. 3. *De solut.* 80. fr. de Pomp.; 95. § 12. f. de Pap. — Cod. 4. 45. *Quando lic.* 1. const. de Dioclec. y Maxim. — Y principalmente título xxvi, § 9. (pág. 397) de este tomo, donde la condicion *re integra* se exige aun en el mandato.

(2) Conf. Dig. 2. 14. *De pact.* 58. f. de Nerat.; y 18. 1. *De contrah. empt.* 72. f. de Papin.

ra del deudor, en las obligaciones de cuerpos ciertos, etc.—En cuanto á las que, segun el derecho civil, dejan subsistir la obligacion, pero que proporcionan al deudor una excepcion para defenderse de la accion del acreedor, tales como el pacto de remision, el juramento, la transaccion, la compensacion, etc., hablaremos de ellas cuando corresponda, segun el orden de nuestro texto.